

# Ausgeweiteter Flüchtlingsschutz für homosexuelle Flüchtlinge durch Ende des „Vermeidungsverhaltens“

Gastautorin

2013-11-14T15:14:08

von [NILS JANSON](#)



Lange

Zeit wurden insbesondere Flüchtlinge, die sich aufgrund ihrer Homosexualität auf den Asylgrund der sexuellen Orientierung beriefen, dazu angehalten auf ein „[provozierendes Verhalten](#) und „[sexuelle Verfehlungen](#)“ im Herkunftsstaat zu verzichten, da sie dann ein sicheres Leben führen könnten. Am 7.11.2013 hat der [EuGH \(Rs. C#199/12 bis C#201/12\)](#) nunmehr entschieden, dass Flüchtlinge einen Anspruch auf Asyl haben, wenn ihnen in ihrem Herkunftsstaat die Verfolgung wegen ihrer sexuellen Identität droht und des Weiteren, dass sie nicht gehalten sind ihre Homosexualität im Herkunftsland geheim zu halten. In [ca. 80 Ländern](#) der Welt wird derzeit Homosexualität mit strafrechtlichen Sanktionen verfolgt. Mit seiner aktuellen Entscheidung schafft der EuGH Rechtssicherheit in einem Bereich, in dem deutsche Behörden und Instanzgerichte zu einer eher asyablehnenden Auslegung tendierten.

Im Ausgangsverfahren hatten die drei Antragssteller in den Niederlanden eine vorläufige Aufenthaltserlaubnis (Asyl) beantragt. Sie behaupteten, dass sie wegen ihrer sexuellen Orientierung Opfer gewalttätiger Reaktionen ihres Umfelds oder von Repression seitens der Behörden geworden seien. In allen drei Herkunftsstaaten steht Homosexualität unter Strafe.

## Flüchtlingseigenschaft der Antragssteller

Die maßgebliche [Qualifikationsrichtlinie \(RL 2004/83/EG\)](#) bestimmt in Anlehnung an die Genfer Flüchtlingskonvention in Art. 2 lit. c., dass ein Flüchtling ein Drittstaatsangehöriger ist, der sich aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen seiner Rasse, Religion, Staatsangehörigkeit, politischen Überzeugung oder Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Gruppe außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehöriger er ist.

Der EuGH stellte im Vorabentscheidungsverfahren zunächst fest, dass es sich bei Homosexuellen um eine bestimmte „soziale Gruppe“ im Sinne der Qualifikationsrichtlinie handelt. Dies bestimmt sich nach Art. 10 Abs. 1 lit. d. RL 2004/83/EG. Der EuGH betont, dass es sich bei der sexuellen Orientierung um ein persönliches Merkmal handelt, auf das niemand gezwungen werden sollte, zu verzichten. Außerdem habe diese soziale Gruppe auch eine hinreichend abgrenzbare Identität, da sie durch die übrige Bevölkerung als andersartig betrachtet würde, was sich in den bestehenden Strafvorschriften manifestiere.

Interessant ist, dass nach Auffassung des EuGH für die Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft nicht das bloße Bestehen von strafrechtlichen Vorschriften genüge. Vielmehr haben die nationalen Behörden zu prüfen, ob eine Freiheitsstrafe im Einzelfall in der Praxis des Herkunftsstaates auch verhängt werde. Dies ergebe sich daraus, dass nur die Freiheitsstrafe selbst eine diskriminierende Bestrafung und somit eine Verfolgungshandlung im Sinne des Art. 9 Abs. 1 RL 2004/83/EG darstelle. Genauer gesagt, nur die Verhängung dieser Strafe beinhalte einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK (vgl. Art. 7 GRCh). [Der EGMR befand dagegen schon 1981 im Fall Dudgeon \(7525/76\)](#), dass die bloße Existenz von Gesetzen, die einvernehmliche homosexuelle Handlungen unter Strafe stellen, einen Eingriff in das Recht auf Privatleben nach Art. 8 EMRK bedeutet. Allerdings bezog sich diese weiterreichende Rechtsprechung des EGMR auf nationale Vorschriften und stand in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der vorliegenden asylrechtlichen Frage.

Offen bleibt, ob dieser recht strenge Maßstab des EuGH hinsichtlich der Verfolgungshandlung auch für Fälle gilt, in denen sexuelle Handlungen zwischen Homosexuellen mit der Todesstrafe bedroht werden. In diesen Fällen dürfte meines Erachtens aufgrund der drohenden unumkehrbaren Sanktion ein großzügigerer Prüfungsmaßstab hinsichtlich der Anerkennung einer Flüchtlingseigenschaft geboten sein. Hier müsste nicht erst die Verhängung sondern bereits die Existenz einer entsprechenden Strafvorschrift, vergleichbar mit der Rechtsprechung des EGMR im Fall Dudgeon, zu einer Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft führen.

## **Das Ende des „Vermeidungsverhaltens“**

Abschließend nimmt der EuGH zu der entscheidenden Frage Stellung, ob von Asylbewerbern erwartet werden kann, dass sie ihre Homosexualität im Herkunftsland geheim halten oder sich beim Ausleben ihrer sexuellen Orientierung zurückhalten, um eine Verfolgung zu vermeiden. Dies geistert schon seit geraumer Zeit durch Behörden und Instanzgerichte, die sich in der Vergangenheit zum Teil immer wieder auf die, zumindest vorübergehend zumutbare, Vermeidbarkeit eines entsprechenden Verhaltens zurückgezogen. Begründet wohl durch eine – falsche – Furcht vor übermäßigem Erfolg von Asylanträgen wurde, wie es das VG Bayreuth noch 2012 euphemistisch formulierte, erwartet, „dass homosexuelle Flüchtlinge einen zurückhaltenden Lebenswandel führen“ (Urteil v. 05.03.1012, Az. B 3 K 11.30113). Der EuGH betont, dass es dies in sich kontradiktorisch sei, wenn man zunächst ein identitätsbedeutsames Merkmal annehmen würde und sodann vom Betroffenen erwarte, dass er ohne weiteres auf dieses verzichten könne. Daher

könne ein entsprechendes Vermeidungsverhalten, teilweise verhüllend als [Diskretion](#) bezeichnet, nicht erwartet werden.

Schon [2010 hatte der britische Supreme Court entschieden](#), dass eine dauerhafte Verheimlichung der sexuellen Identität unzumutbar sei.

Die Entscheidung des EuGH steht darüber hinaus in einer Linie mit seiner [Entscheidung zu einem möglichen Vermeidungsverhalten im Rahmen der Religionsausübung](#). In diesem aus Deutschland stammenden Fall hatte das Gericht 2012 befunden, dass es dem Antragsteller nicht zugemutet werden könne auf seine religiösen Betätigungen im Herkunftsstaat zu verzichten. Die Aufspaltung, wie sie teilweise von deutschen Instanzgerichten vorgenommen wurde, in ein „forum internum“ und ein „forum externum“ der Religionsfreiheit sei im Asylrecht abzulehnen.

Als Reaktion hierauf hatte der [VGH Baden-Württemberg](#) die Rechtsprechung des EuGH zur Religionsfreiheit unter Hinweis auf den Normwortlaut auf den Fluchtgrund der sexuellen Identität übertragen. Er begründet dies unter Verweis auf die [Schlussanträge des Generalanwalts Bolt](#). Wörtlich heißt es im Urteil des VGH zutreffend:

„Eine Verfolgung bleibt auch dann eine Verfolgung, wenn der Betroffene nach Rückkehr in sein Herkunftsland die Möglichkeit hat, sich bei der Ausübung seiner Rechte und Freiheiten diskret zu verhalten, indem er seine Sexualität und seine politischen Ansichten sowie seine Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft verheimlicht oder davon Abstand nimmt, nach seiner sexuellen Ausrichtung zu leben.“

Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) ging lange Zeit davon aus, dass ein Flüchtling auf „[provozierendes Verhalten und „sexuelle Verfehlungen“](#) verzichten solle. Allerdings hat im Dezember 2012 auch das BAMF seine Praxis angepasst und eine Anfrage des MdB Volker Beck (Bündnis90/Die Grünen) hinsichtlich des Erfordernisses eines gefahrvermeidenden Verhaltens bei Homosexualität [negativ beantwortet](#). Die mithin schon bestehende Praxis des BAMF wird durch das Urteil des EuGH nunmehr für unionsrechtlich verbindlich erklärt.

## Einordnung

Die Entscheidung des EuGH ist insgesamt zu begrüßen, da sie in einem umstrittenen Bereich Rechtssicherheit schafft. Sieht man die sexuelle Identität eines Menschen zu Recht als Ausfluss des Menschenwürdekerns in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG an, so war eine Ablehnung des Flüchtlings mit Hinweis auf die Vermeidbarkeit etwaigen Verhaltens schon jeher nur schwerlich zu begründen. Die Verfolgung ist ja gerade dann eine Verfolgung und hat jedenfalls teilweise Erfolg, wenn der Verfolgte sein Verhalten entsprechend den Anforderungen des Verfolgers anpasst. Ein anderes Verständnis geht meines Erachtens am Wortsinn der Verfolgung vorbei. Andernfalls käme es zu einer Aushöhlung des sowieso recht engmaschigen Asylrechts.

Nicht Gegenstand der vorliegenden Entscheidung des EuGH und damit ungelöst verbleibt die Frage, wie es sich mit einer gesellschaftlichen Ausgrenzung und Stigmatisierung, fernab staatlicher Sanktionen wie Strafvorschriften, in den Herkunftsstaaten verhält. Diesem gesellschaftlichen Problem dürfte mit dem Asylrecht derzeit kaum beizukommen sein. Es besteht bislang ein Anspruch auf Asyl nur insoweit, als kein ausreichender staatlicher Schutz vor einer landesweiten Verfolgung besteht. Dies zu beweisen dürfte jedenfalls für die meisten Flüchtlinge schwierig sein.

---

